

herausgegeben von
Roland Müller
Kurt Pärli
Isabelle Wildhaber

ARBEIT UND ARBEITSRECHT

*Festschrift für Thomas Geiser
zum 65. Geburtstag*

Arbeit und Arbeitsrecht

Festschrift
für Thomas Geiser
zum 65. Geburtstag

Herausgegeben von

Roland Müller Kurt Pärli Isabelle Wildhaber



Die Grafik für das Vorsatzpapier wurde freundlicherweise von der Seidenmann AG, Zürich, zur Verfügung gestellt.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten. Dieses Werk ist weltweit urheberrechtlich geschützt. Insbesondere das Recht, das Werk mittels irgendeines Mediums (grafisch, technisch, elektronisch und/oder digital, einschliesslich Fotokopie und downloading) teilweise oder ganz zu vervielfältigen, vorzutragen, zu verbreiten, zu bearbeiten, zu übersetzen, zu übertragen oder zu speichern, liegt ausschliesslich beim Verlag. Jede Verwertung in den genannten oder in anderen als den gesetzlich zugelassenen Fällen bedarf deshalb der vorherigen schriftlichen Einwilligung des Verlags.

© 2017 Dike Verlag AG, Zürich/St. Gallen

ISBN 978-3-03751-969-1

www.dike.ch

Inhaltsverzeichnis

ROLAND BACHMANN

Dr. iur., LL.M., Rechtsanwalt, Fachanwalt SAV Arbeitsrecht, Zürich

Leitende Angestellte (Executives) – Ausnahmen zum Grundsatz
der Einheit des Arbeitsvertragsrechts 1

ALFRED BLESİ

Dr. rer. publ. et lic. iur., Rechtsanwalt, Fachanwalt SAV Arbeitsrecht

Erwerbstätige Nichterwerbstätige
Zu den möglichen Implikationen eines länger andauernden Bezuges von
Krankentaggeldern im Sozialversicherungsrecht und im Arbeitsrecht 17

WOLFGANG DÄUBLER

*Professor für Deutsches und Europäisches Arbeitsrecht, Bürgerliches Recht und
Wirtschaftsrecht an der Universität Bremen*

Angriffe auf den Arbeitnehmer im Internet 31

JEAN-LOUIS DUC

Prof. Dr. iur., em. Professor der Universität St.Gallen, Lausanne

Réflexions sur une assurance-maladie d'indemnités journalières
permettant à un employeur d'être libéré de son obligation de verser
le salaire durant un temps limité en vertu de l'article 324b alinéa 4 CO 45

JEAN-PHILIPPE DUNAND

Prof. Dr. iur., Avocat, Professeur de droit du travail à l'Université de Neuchâtel

L'exécution des peines conventionnelles notifiées par les
commissions paritaires 55

MARTIN FARNER

lic. iur., Rechtsanwalt, Fachanwalt SAV Arbeitsrecht, Zürich

Arbeitsrechtlicher Datenschutz am Beispiel der Übermittlung ins
datenschutzrechtlich unsichere Ausland 69

HEINZ HELLER

Dr. iur., Rechtsanwalt, Fachanwalt SAV Arbeitsrecht, Fachanwalt SAV Familienrecht

Leistungslohn und Minderleistung – Denkanstösse zu guter und schlechter Arbeitsleistung	99
---	----

ANGELA HENSCH/ROBERTO FORNITO

lic. iur., Rechtsanwältin, Fachanwältin SAV Arbeitsrecht, Partnerin bei Bratschi Wiederkehr & Buob AG, St.Gallen/Dr. iur., Fachanwalt SAV Erbrecht, Partner bei Bratschi Wiederkehr & Buob AG, St.Gallen

Erbrechtliche Zuwendungen im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis	121
--	-----

ROGER HISCHIER

Dr. iur., Fürsprecher, Fachanwalt SAV Arbeitsrecht, Zürich

Arbeitnehmerschutz und zwingende Bestimmungen im internationalen Arbeitsrecht	141
---	-----

UELI KIESER

Prof. Dr., Titularprofessor an den Universitäten Bern und St.Gallen, Rechtsanwalt bei KSPartner, Zürich

Arbeitsrecht und berufliche Vorsorge: Gemeinsamkeiten – Unterschiede – Folgerungen	159
--	-----

THOMAS KOLLER

Prof. Dr. iur., Ordinarius für Privatrecht und Sozialversicherungsrecht, unter Berücksichtigung des Steuerrechts, an der Universität Bern

Die Hauswartin mit «Dienstwohnung» – unter besonderer Berücksichtigung des Kündigungsrechts: Ein brisantes Rechtsproblem an einer Schnittstelle zwischen Arbeitsrecht und Mietrecht	175
---	-----

MICHAEL KULL

Dr. iur., Rechtsanwalt, Basel

Die Anwendbarkeit des Arbeitsvermittlungsgesetzes (AVG) in Konzernverhältnissen	193
---	-----

HARDY LANDOLT

Prof. Dr. iur., LL.M., Titularprofessor für Haftungs-, Privat- und Sozialversicherungsrecht an der Universität St.Gallen, Rechtsanwalt und Notar, Glarus

Innerfamiliäre Betreuungs- und Pflegeleistungen – Unklare Rechtsnatur und heterogene Entschädigungspflicht	209
--	-----

GÜNTHER LÖSCHNIGG

Prof. Dr. iur. et Dr. rer. soc. oec., Vorstand des Instituts für Arbeits- und Sozialrecht der Universität Graz und Professor für Universitätsrecht an der Universität Linz

Schweizerisches und österreichisches Arbeitsrecht	
Beispiele struktureller und inhaltlicher Unterschiede	227

ANNE MEIER/ZOÉ SEILER

Dr. iur., Avocate, Chargée d'enseignement / Dr. iur., LL.M., Avocate

Des usages au salaire minimum ? Réflexions sur l'avenir d'une vieille idée	245
--	-----

PETER MOSIMANN

Dr. iur., Advokat, Basel, Lehrbeauftragter für Immaterialgüterrecht und Kunstrecht an der Juristischen Fakultät der Universität Basel (2005–2014), Präsident der Kunstkommision der Öffentlichen Kunstsammlung Basel (2008–2017), Syndikus Schweizerischer Bühnenverband (1981–2012)

Der Intendantenvertrag – Rechte und Pflichten	259
---	-----

ROLAND MÜLLER

Prof. Dr. iur., Rechtsanwalt und Notar, Titularprofessor an den Universitäten St.Gallen und Bern, Staad/SG

Konsequenzen einer missbräuchlichen Kündigung	275
---	-----

ROLAND A. MÜLLER/CHRISTIAN MADUZ

Prof. Dr. iur., Rechtsanwalt, Titularprofessor an der Universität Zürich für Arbeits- und Sozialversicherungsrecht, Direktor des Schweizerischen Arbeitgeberverbandes / MLaw, Wissenschaftlicher Mitarbeiter und Projektleiter Direktion beim Schweizerischen Arbeitgeberverband

Arbeitszeit und Arbeitszeiterfassung: Debatte zur zeitgemässen Anpassung des Arbeitsgesetzes	291
--	-----

HARRY F. NÖTZLI

Dr. iur., Rechtsanwalt, Fachanwalt SAV Arbeitsrecht

Verfassungsrechtliche Schranken der Anwendbarkeit des
Obligationenrechts im öffentlichen Personalrecht 307

KURT PÄRLI

Prof. Dr. iur., Professor für Soziales Privatrecht, Universität Basel, Basel

Das (entschädigungslose) Konkurrenzverbot gehört abgeschafft 323

THOMAS PIETRUSZAK

lic. iur., Rechtsanwalt, Fachanwalt SAV Arbeitsrecht

Bezahlte Stillzeit – oder doch (noch) nicht? Versuch einer
Auslegeordnung von Art. 60 Abs. 2 ArGV 1 339

WOLFGANG PORTMANN

Prof. Dr. iur., Ordinarius für Privat- und Arbeitsrecht an der Universität Zürich

Aktuelle Entwicklungen in der bundesgerichtlichen
Rechtsprechung zur fristlosen Kündigung des Arbeitsvertrags 349

MANFRED REHBINDER

*Prof. Dr. iur. Dr. h.c., em. Ordinarius, vormals Lehrstuhl für Arbeits-, Immaterialgüter-,
Medienrecht und Rechtssoziologie an der Universität Zürich, Wiss. Direktor des
Europäischen Instituts für Rechtspsychologie, Zürich*

Zur sogenannten Frauenfrage 367

VITO ROBERTO/ROMAN SCHISTER

*Prof. Dr. iur., LL.M., Rechtsanwalt, Professor für Privat-, Handels- und Wirtschaftsrecht,
Direktor am Institut für Rechtswissenschaft und Rechtspraxis, Zürich/M.A. HSG
am Institut für Rechtswissenschaft und Rechtspraxis, St.Gallen*

Eingeschränkte Arbeitnehmerhaftung 381

ROGER RUDOLPH

*Dr. iur., Rechtsanwalt, Fachanwalt SAV Arbeitsrecht, Lehrbeauftragter
an der Universität Zürich*

Fünf Mysterien des Arbeitsgesetzes 401

IVO SCHWANDER

Prof. Dr. iur. Dr. h.c. (Universität Zürich), ehemaliger Professor für Internationales Privatrecht, Rechtsvergleichung und schweizerisches Privatrecht an der Universität St.Gallen, Rechtskonsulent in Zürich

Spezifische Probleme des IPR-Kollisionsrechts in Arbeitsrechtsfällen – Zum Umgang mit den Artikeln 13, 15, 18, 19 IPRG im Kontext mit Art. 121 IPRG	415
---	-----

CHRISTOPH SENTI

Dr. iur., Rechtsanwalt, Fachanwalt SAV Arbeitsrecht, Altstätten, Lehrbeauftragter an der Universität St.Gallen

Gemischte Verträge im Arbeitsrecht	431
------------------------------------	-----

JEAN-FRITZ STÖCKLI

Prof. Dr. iur., em. Ordinarius für Privatrecht an der Universität Basel

Subsidiarität und Dezentralisierung im Arbeitsrecht	445
---	-----

KAI-PETER UHLIG

Dr. iur., Rechtsanwalt, Zürich

Engagement in der Filmproduktion – Flexible Zeitplanung im befristeten Arbeitsverhältnis	461
---	-----

ADRIAN VON KAENEL

Dr. iur., Rechtsanwalt, Fachanwalt SAV Arbeitsrecht, Lehrbeauftragter an der Universität Zürich

Neuere Entwicklungen in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zum Kündigungsschutz	481
--	-----

CORINNE WIDMER LÜCHINGER/KEVIN P. MACCABE

Prof. Dr. iur., Professorin für Privatrecht, Internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung, Universität Basel / MLaw, wissenschaftlicher Mitarbeiter

Die Haftung des Erstunternehmers nach schweizerischem Entsendegesetz – Materiell- und kollisionsrechtliche Fragen	503
--	-----

ISABELLE WILDHABER/SILVIO HÄNSENBERGER

*Prof. Dr., Ordinaria für Privat- und Wirtschaftsrecht an der Universität St.Gallen /
M.A. HSG, wissenschaftlicher Assistent*

Social Media-Kontakte im Arbeitsverhältnis – Wem «gehören»
Accounts, Kontakte und Zugangsdaten?

529

Das (entschädigungslose) Konkurrenzverbot gehört abgeschafft

KURT PÄRLI

Inhaltsübersicht

I.	Auslegeordnung, Fragestellung und methodisches Vorgehen	323
II.	Die rechtlichen Grundlagen des arbeitsrechtlichen Konkurrenzverbotes	325
	A. Regelungsgegenstand, Zweck und Einordnung	325
	B. Beschränkung, Durchsetzung und Wegfall des Konkurrenzverbotes	326
III.	Das Konkurrenzverbot im Lichte der verfassungsrechtlichen Berufsfreiheit und des Rechts auf Arbeit	329
	A. Verfassungsrechtliche Verortung des Konkurrenzverbotes	329
	B. Staatliche Pflichten zum Schutz des Grundrechts auf Berufsfreiheit der Arbeitnehmenden	331
	1. Indirekte Drittwirkung und staatliche Schutzpflichten	331
	2. Die (unvollständige) Umsetzung der Schutzpflichten im Bereich des Konkurrenzverbotes	332
	3. Exkurs: Konkurrenzverbot im öffentlichen Dienstrecht im Lichte der Wirtschaftsfreiheit	334
IV.	Abschaffung des Konkurrenzverbotes oder Einführung einer Entschädigungspflicht	335
	A. Kritik in der Lehre	335
	B. Forderung nach Abschaffung des Konkurrenzverbotes	336
	C. Vorschläge aus der Doktrin für eine zwingende Karenzentschädigung	337

I. Auslegeordnung, Fragestellung und methodisches Vorgehen

Das nachvertragliche Konkurrenzverbot, geregelt in den Artikeln 340 bis 340c OR, ermöglicht Arbeitgeberinnen, sich gegen konkurrenzierende Aktivitäten von Mitarbeitenden zu schützen, wenn diese aus der Unternehmung austreten. Zwar ist ein Konkurrenzverbot gemäss Art. 340a OR nach Ort, Zeit und Gegenstand angemessen zu begrenzen, eine finanzielle Gegenleistung an den Arbeitnehmer ist indes im Gesetz nicht vorgesehen. Zulässig sind aber nach Art. 340b OR nebst Schadenersatz auch OR Konventionalstrafen. Mit anderen Worten: Das schweizerische Arbeitsrecht

ermöglicht entschädigungslose Konkurrenzverbote und erlaubt massive Sanktionen der fehlbaren Arbeitnehmenden.

Die heutige Rechtslage führt in der Praxis zu stossenden Ergebnissen. Ein Personalberater aus dem Kanton St. Gallen musste eine Entschädigung von 100'000 Franken leisten, was seinen früheren Monatslohn um das Achtfache überstieg. Der Arbeitnehmer hatte sich nach dem Ausscheiden aus der Firma im Standortkanton seines früheren Arbeitgebers selbstständig gemacht und dabei auch Kunden seines früheren Arbeitgebers abgeworben.¹ Angesichts der Schädigung des Arbeitgebers erachtete das Bundesgericht die Höhe der Konventionalstrafe als angemessen.² Als zulässig qualifizierte das Bundesgericht in einem anderen Fall auch die folgende Konkurrenzverbotsklausel: «(...) Nach Beendigung des Vertrages und unabhängig vom Grund ihres Wegganges darf die Arbeitnehmerin keine Tätigkeit in der Vermittlung von fest angestelltem oder temporärem Personal ausüben, weder für eigene Rechnung noch für Rechnung Dritter, weder entgeltlich noch unentgeltlich, oder den Arbeitgeber auf andere Weise konkurrenzieren». Das Verbot war regional beschränkt, galt für drei Jahre nach Ablauf des Arbeitsvertrages. Im Übertretungsfall schuldete die Arbeitnehmerin eine Konventionalstrafe von 100'000 Franken. Nachdem die betreffende Arbeitnehmerin das Arbeitsverhältnis beendete, nahm sie eine Stelle bei einer Konkurrenzfirma an. Die ehemalige Arbeitgeberin forderte daraufhin die Konventionalstrafe von 100'000 Franken ein. Zwar wurde die Sanktion durch die Gerichte auf 63'000 Franken reduziert, aber auch diese Summe betrug fast 80 % des früheren Jahresgehaltes. Dies sei, so das Bundesgericht, angemessen.³ In beiden Fällen erhielten die Arbeitnehmenden keine finanzielle Gegenleistung für das Konkurrenzverbot. Die ausgerichteten Gehälter waren zudem nicht überaus hoch (etwas über 8000 Franken bzw. 6300 Franken). Dies spricht auch nicht dafür, dass die Entschädigung für das Konkurrenzverbot bereits in einem hohen Lohn einkalkuliert ist.

Ein nachvertragliches Konkurrenzverbot bedarf der Abrede. Angesichts des Machtungleichgewichts beim Vertragsabschluss neigen viele Arbeitnehmende dazu, ein Konkurrenzverbot leichtfertig zu akzeptieren.⁴ Sie schränken sich dadurch ihre beruflichen Entfaltungsmöglichkeiten massiv ein. Möglicherweise denken viele Arbeitnehmende beim Vertragsabschluss nicht an die späteren Konsequenzen oder sie vertrauen darauf, dass das Konkurrenzverbot vom Arbeitgeber oder der Arbeitgeberin gar nicht durchgesetzt wird. Die zahlreichen Gerichtsfälle zum Konkurrenzverbot zeigen indes, dass es sich keineswegs um ein Randphänomen handelt.

¹ Urteil des BGer 4A_107/2011 vom 25. November 2011.

² Urteil des BGer 4A_107/2011 vom 25. November 2011, E. 3.3.

³ Urteil des BGer 4A_466/2012 vom 12. November 2012, E. 6.1, siehe Pra 2014 Nr. 15.

⁴ Siehe z.B. den Bericht des Beobachters vom 30. August 2016, http://www.beobachter.ch/arbeit-bildung/arbeitsrecht/artikel/konkurrenzverbot_an-den-job-gefesselt/, abgerufen am 21. März 2017.

Konkurrenzverbote sind weit verbreitet und eine so genannte Karenzentschädigung bildet oft nicht Teil der Vereinbarung.⁵ Gesetzlich verpflichtend ist die Karenzentschädigung im schweizerischen Arbeitsvertragsrecht nicht, anders etwa beim Agenturvertrag (Art. 418d OR) oder im deutschen Recht.⁶

Die heutige Regelung ist im Lichte der verfassungsrechtlich garantierten Berufsausübungsfreiheit problematisch. In diesem Beitrag wird deshalb postuliert, dass künftig ein Konkurrenzverbot nur noch zulässig ist, wenn der Arbeitgeber oder die Arbeitgeberin dafür eine Entschädigung ausrichtet. Damit diese rechtspolitische Forderung stringent begründet werden kann, ist kurz die geltende Regelung zum Konkurrenzverbot darzulegen (II. Die rechtlichen Grundlagen des arbeitsrechtlichen Konkurrenzverbotes, S. 325 ff.). Danach wird die heutige Rechtslage am Massstab der verfassungsrechtlichen Berufswahlfreiheit und des Rechts auf Arbeit gemessen. Dabei werden auch die heutigen Anforderungen an die Arbeitnehmenden an grösstmögliche Arbeitsmarktflexibilität und an unternehmerisches Denken mitberücksichtigt (III. Das Konkurrenzverbot im Lichte der verfassungsrechtlichen Berufsfreiheit und des Rechts auf Arbeit S. 329 ff.). Der Beitrag wird mit einer Diskussion über die auf politischer Ebene und in der Lehre propagierten Vorschläge *de lege ferenda* abgeschlossen (IV. Abschaffung des Konkurrenzverbotes oder Einführung einer Entschädigungspflicht, S. 335 ff.).

II. Die rechtlichen Grundlagen des arbeitsrechtlichen Konkurrenzverbotes

A. Regelungsgegenstand, Zweck und Einordnung

Die vier Artikel in 340 bis Art. 340c OR regeln grundlegend Voraussetzungen, Grenzen und Durchsetzung des nachvertraglichen Konkurrenzverbotes. Nach der Grundsatznorm in Art. 340 OR können die Vertragsparteien schriftlich vereinbaren, dass sich der Arbeitnehmer/die Arbeitnehmerin nach Ende des Arbeitsverhältnisses jeder konkurrenzierender Tätigkeit zu enthalten hat. Neben dem Erfordernis der Schriftform ist auch verlangt, dass der Arbeitnehmer/die Arbeitnehmerin im Zeitpunkt des Abschlusses des Konkurrenzverbotes handlungsfähig ist. Als konkurrenzierende Tätigkeit bezeichnet der Gesetzgeber namentlich das Betreiben eines eigenen

⁵ ROGER RUDOLPH, Fokus Arbeitsrecht: Sorgenkind Konkurrenzverbot, TREX 2/2010, 88 f.

⁶ Gemäss § 74 des Deutschen Handelsgesetzbuchs ist die Karenzentschädigung für ein Konkurrenzverbot zwingend vorgesehen, siehe dazu DAVID HEEB, Das arbeitsvertragliche Konkurrenzverbot nach Art. 340–340c OR, Bern 2016, 203 f.

Geschäfts, das mit dem des Arbeitgebers/der Arbeitgeberin in Wettbewerb steht oder eine Anstellung bei bzw. eine Beteiligung an einem solchen Geschäft. Voraussetzung für die Gültigkeit des Konkurrenzverbotes ist weiter, dass der fragliche Arbeitnehmer/die Arbeitnehmerin Einblick in den Kundenkreis oder in Fabrikations- und Geschäftsgeheimnisse hat.

Das nachvertragliche Konkurrenzverbot hat eine wettbewerbssichernde Funktion. Ein Unternehmen soll nicht durch «Überläufer» zu Geschäfts- und Fabrikationsgeheimnissen oder Kundenstämmen kommen dürfen bzw. die betreffenden Arbeitnehmer sollen nicht selber zu Konkurrenten des früheren Arbeitgebers/der früheren Arbeitgeberin werden. Während des Arbeitsverhältnisses ist die Konkurrenzierung des Arbeitgebers/der Arbeitgeberin nach Art. 321a Abs. 3 OR untersagt. Nach Abschluss des Arbeitsverhältnisses darf der Arbeitnehmer/die Arbeitnehmerin nach Art. 321a Abs. 4 OR überdies keine «geheim zu haltende Tatsachen, wie namentlich Fabrikations- und Geschäftsgeheimnisse, von denen er im Dienst des Arbeitgebers Kenntnis erlangt, (...); auch nach dessen Beendigung bleibt er zur Verschwiegenheit verpflichtet, soweit es zur Wahrung der berechtigten Interessen des Arbeitgebers erforderlich ist». Soweit Fabrikations- und Geschäftsgeheimnisse betroffen sind, besteht also auch ohne ausdrückliche Vereinbarung eine nachvertragliche Verpflichtung, diese Geheimnisse nicht Dritten bekannt zu geben, was eine Konkurrenzierung durch Nutzung dieser Informationen verbietet. Unterschiede zwischen der Regelung in Art. 321a Abs. 4 OR und einem vertraglich vereinbarten nachvertraglichen Konkurrenzverbot zeigen sich allerdings hinsichtlich der Frage der Beweislast. Bei der nachwirkenden Geheimhaltungspflicht obliegt dem Arbeitgeber/der Arbeitgeberin der Beweis, dass die Geheimhaltungspflicht weiterhin besteht. Beim nachwirkenden Konkurrenzverbot verhält es sich gerade anders; es ist Sache des Arbeitnehmers/der Arbeitnehmerin zu beweisen, dass der Arbeitgeber/die Arbeitgeberin kein erhebliches Interesse mehr an einem Konkurrenzverbot hat (Art. 340c Abs. 1 OR).⁷

B. Beschränkung, Durchsetzung und Wegfall des Konkurrenzverbotes

Art. 340a Abs. 1 OR sieht vor, dass das Konkurrenzverbot nach *Ort, Zeit und Gegenstand* zu beschränken ist. Richtschnur der Beschränkung bilden die Interessen des Arbeitnehmers/der Arbeitnehmerin, «unbillige Erschwerungen des wirtschaftlichen Fortkommens» des Arbeitnehmers/der Arbeitnehmerin sollen vermieden werden.

⁷ BK-REHBINDER/STÖCKLI, Art. 340 OR N 4.

Nach Art. 340a Abs. 2 OR kann der Richter ein übermässiges Konkurrenzverbot unter Würdigung aller Umstände nach seinem Ermessen einschränken. Dabei hat das Gericht eine allfällige Gegenleistung angemessen zu berücksichtigen. Der Gesetzestext spricht ausdrücklich von einer «allfälligen Gegenleistung». Es ist somit klar, dass ein Konkurrenzverbot auch entschädigungslos vereinbart werden darf.

Die *Folgen der Übertretung* des Konkurrenzverbotes sind in Art. 340b OR verankert. Nach Art. 340b Abs. 1 OR schuldet der Arbeitnehmer/die Arbeitnehmerin, der/die das (vereinbarte) Konkurrenzverbot übertritt, Schadenersatz. Die Beweispflicht für die Übertretung obliegt dem Arbeitgeber/der Arbeitgeberin. Teil der schriftlichen Vereinbarung über das Konkurrenzverbot kann auch eine Konventionalstrafe bilden (im Sinne einer Nebenabrede). Die Konventionalstrafe ist auch geschuldet, wenn kein Schaden vorliegt.⁸ Es genügt, wenn das Konkurrenzverbot verletzt wurde. Ist nichts anderes verabredet, so kann sich der Arbeitnehmer/die Arbeitnehmerin durch deren Leistung vom Verbot der Konkurrenzfähigkeit befreien.⁹ Die Ersatzpflicht für weiteren Schaden bleibt aber bestehen (Art. 340b Abs. 2 OR), wobei die Beweislast für das Bestehen des Schadens beim Arbeitgeber/bei der Arbeitgeberin liegt. Eine allfällige durch das Gericht vorgenommene Herabsetzung der Konventionalstrafe stützt sich auf Art. 163 OR.¹⁰ Neben Konventionalstrafe und Schadenersatz kann auch die Beseitigung des vertragswidrigen Zustandes verlangt werden (so genannte Realexekution). Voraussetzung ist erstens, dass dies so zwischen den Parteien schriftlich vereinbart wurde. Zweitens hält Art. 340b Abs. 3 OR fest, dass die Realexekution nur verlangt werden kann, «sofern die verletzten oder bedrohten Interessen des Arbeitgebers und das Verhalten des Arbeitnehmers dies rechtfertigen». Die gerichtliche Durchsetzung des Unterlassens konkurrenzierender Tätigkeit erweist sich angesichts der hohen gesetzlichen Anforderungen regelmässig als schwierig.¹¹ Ergänzend zu den drei in Art. 340b OR vorgesehenen Rechtsfolgen (Schadenersatz, Konventionalstrafe, Realexekution) kann der Arbeitgeber/die Arbeitgeberin eine Verletzung des Konkurrenzverbotes auch schriftlich feststellen lassen, sofern ein entsprechendes Feststellungsinteresse besteht.¹² Weiter ist zumindest bei Personen, für die das

⁸ HEEB (Fn. 6), 64 f.

⁹ BK-REHBINDER/STÖCKLI, (Fn. 7), N 9; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 340b OR N 4; HEEB (Fn. 6), 69. In BGE 130 III 353 musste das Bundesgericht ein Abwerbverbot prüfen, das u.a. die Formulierung enthielt: «Die Bezahlung der Konventionalstrafe befreit den Arbeitnehmer nicht davon, das Konkurrenz- und Abwerbverbot vollumfänglich einzuhalten.»

¹⁰ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, (Fn. 9), N 5.

¹¹ HEEB (Fn. 6), 84.

¹² STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, (Fn. 9), N 10, mit dem Hinweis auf Konstellationen, in denen auch der Arbeitnehmer/die Arbeitnehmerin ein Interesse an einer Feststellungsklage hat.

Konkurrenzverbot von Gesetzes wegen gilt (wie z.B. Prokuristen, siehe Art. 464 OR), auch die Klage auf Gewinnherausgabe zulässig.¹³

Das Konkurrenzverbot endet zum einen mit dem Ablauf der vertraglich vereinbarten Dauer. Zum anderen hält Art. 340c OR drei Gründe fest, die zu einem Wegfall des Konkurrenzverbots führen. Das Konkurrenzverbot fällt weg, wenn der Arbeitgeber/die Arbeitgeberin kein erhebliches Interesse mehr an der Aufrechterhaltung hat (Art. 340c Abs. 1 OR). Weiter gilt das Konkurrenzverbot nicht mehr, wenn entweder der *Arbeitnehmer ohne begründeten Anlass* kündigt oder aber die *Arbeitgeberin* kündigt, ohne dass der *Arbeitnehmer einen begründeten Anlass* für eine Kündigung veranlasst hat (Art. 340c Abs. 2 OR). Das erhebliche Arbeitgeberinteresse kann dahin fallen, wenn z.B. das Geschäftsgeheimnis allgemein bekannt wird oder aber wenn der Betrieb geschlossen oder eine bestimmte Produktion aufgegeben wird. Die beiden Kündigungskonstellationen (Arbeitgeber- oder Arbeitnehmerkündigung) setzen je voraus, dass ein begründeter Anlass für eine Kündigung vorliegt. Eine *begründete Arbeitgeberkündigung* liegt insbesondere dann vor, wenn noch während des laufenden Arbeitsverhältnisses Vorbereitungen für eine spätere Konkurrenzhandlung getroffen werden.¹⁴ Zwar gilt das Konkurrenzverbot erst nach Ende des Arbeitsverhältnisses. Die Vorbereitungshandlungen aber verstossen gegen die arbeitsvertragliche Treuepflicht; der begründete Anlass für die Kündigung liegt somit vor. In einem solchen Fall fällt das Konkurrenzverbot nicht dahin.¹⁵ Kündigt der Arbeitnehmer/die Arbeitnehmerin, ohne dass er (ein dem Verhalten des Arbeitgebers/der Arbeitgeberin zu zurechnenden) begründeten Anlass hat, so gilt das Konkurrenzverbot. Nach Lehre und Praxis sind es vor allem erniedrigende Arbeitsbedingungen, die dem Erfordernis des «begründeten Anlasses» genügen.¹⁶

¹³ BGE 137 III 607, E. 2.4. Das Bundesgericht liess die Frage offen, ob gegenüber einem Arbeitnehmer ohne Handlungsvollmacht oder Prokura ebenfalls ein Anspruch auf Gewinnherausgabe (gestützt auf Art. 423 Abs. 1 OR bzw. in analoger Anwendung von Art. 321b oder Art. 464 Abs. 2 OR) geltend gemacht werden könne, wenn er seinen Arbeitgeber in unzulässiger Weise konkurrenziert.

¹⁴ BGE 130 III 353, E. 2.2.3.

¹⁵ Siehe zum Ganzen HEEB (Fn. 6), 148 f.

¹⁶ So etwa chronische Arbeitsüberlastung trotz Abmahnung durch den Arbeitnehmer, BGE 130 III 359, E. 2.2.1. Die Auswirkungen einer Umstrukturierung können einen begründeten Anlass für eine Arbeitnehmerkündigung darstellen, es kommt jedoch auf die Intensität der Auswirkungen an. Das Bundesgericht hat in einem Fall die ohne Rücksprache vorgenommene Ernennung einer Laborchefin und damit Wegfall der Führungsaufgabe bei einem als Wissenschaftler beschäftigten Arbeitnehmer als Verhalten der Arbeitgeberin qualifiziert, das für einen begründeten Anlass für eine Arbeitnehmerkündigung nicht ausreiche (BGE 110 II 172, E. 2a).

III. Das Konkurrenzverbot im Lichte der verfassungsrechtlichen Berufsfreiheit und des Rechts auf Arbeit

A. Verfassungsrechtliche Verortung des Konkurrenzverbotes

Weshalb hat das arbeitsrechtliche Konkurrenzverbot auch eine verfassungsrechtliche Dimension? Konkurrenzklauseln beschneiden Karrieremöglichkeiten und sie stehen auch der vom Arbeitsmarkt und der Politik geforderten Flexibilität und Erhaltung der Arbeitsmarktfähigkeit entgegen. Ein Konkurrenzverbot hindert Arbeitnehmende daran, eine Stelle mit besserer Entlohnung oder sonstigen Vorteilen anzunehmen. Ein durch ein Konkurrenzverbot belasteter Arbeitnehmer/eine belastete Arbeitnehmerin wird zudem auch der Chance beraubt, ein Unternehmen rechtzeitig zu verlassen, dass mangels Innovationsbemühungen oder aus sonstigen Gründen mittelfristig vom Markt verschwinden wird. Wenn dieser Fall eintritt, fällt zwar das Konkurrenzverbot dahin, der/die betreffende Arbeitnehmer/in hat jedoch möglicherweise die Chance des rechtzeitigen Absprungs verpasst. Ein geographisch beschränktes Konkurrenzverbot schränkt die Möglichkeit im angestammten Beruf zu arbeiten, nicht generell ein. Allerdings hat ein solches Beschäftigungsverbot allenfalls Auswirkungen auf die Wahl des Wohnortes und auf das Familienleben. Somit wirkt sich ein arbeitsvertragliches Konkurrenzverbot zumindest mittelbar auch auf die grundrechtlich geschützte Niederlassungsfreiheit¹⁷ und auf den ebenfalls grund- und menschenrechtlich gewährten Schutz des Privat- und Familienlebens¹⁸ aus.

Das Arbeitnehmerinteresse an einer freien wirtschaftlichen Entfaltung, am Erhalt der Arbeitsmarktfähigkeit und somit an der Möglichkeit, durch Arbeit den Lebensunterhalt bestreiten zu können, ist durch mehrere Verfassungsbestimmungen geschützt. Ein subjektives Recht auf Arbeit beinhaltet die Verfassung nicht.¹⁹ Als *Sozialziel* hält Art. 41 Abs. 1 lit. d BV fest, dass Erwerbsfähige ihren Lebensunterhalt durch Arbeit zu angemessenen Bedingungen bestreiten können sollen.²⁰ Diese verfassungsrechtliche Zielsetzung entspricht dem durch Abkommen der Internationalen Arbeitsorganisation (IAO) und verschiedenen UN-Konventionen garantierten programmatischen Recht auf Arbeit zu anständigen Bedingungen.²¹ Rein programmatisch ist das völkerrechtliche Recht auf Arbeit indes nicht. In einem jüngeren Entscheid hielt das

¹⁷ Art. 24 BV.

¹⁸ Art. 13 BV und Art. 8 EMRK.

¹⁹ BSK BV-GÄCHTER/GREGORI WERDER, Art. 41 N 46.

²⁰ Siehe BIGLER-EGGENBERGER, St. Galler Kommentar zu Art. 41 BV, Rz. 51 ff.

²¹ Zum arbeitsvölkerrechtlichen Recht auf Arbeit siehe umfassend EYLEM DEMIR, Die internationale Dimension des Arbeitsrechts, in: Pärli/Baumgartner/Demir/Junghanss/Licci/Uebe (Hrsg.), Arbeitsrecht im internationalen Kontext, Zürich/St. Gallen 2017, 145 ff.

Bundesgericht fest, aus Art. 8 EMRK lasse sich unter Umständen auch ein (subjektives) Recht ableiten, sich seinen Lebensunterhalt durch Arbeit verdienen zu können. Im fraglichen Fall ging es um einen Asylbewerber mit abgelehntem Gesuch, dessen Ausschaffung nicht möglich war und dem jahrelang untersagt war, einer Beschäftigung nachzugehen.²²

Der Schutz der wirtschaftlichen Entfaltung des Arbeitnehmers/der Arbeitnehmerin fällt weiter unter den verfassungsrechtlichen Schutz der Wirtschaftsfreiheit.²³ Der Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit ist in Art. 94 Abs. 1 BV verankert. Art. 27 Abs. 1 BV garantiert überdies die Wirtschaftsfreiheit als *Grundrecht*, das insbesondere die freie Wahl des Berufes sowie den freien Zugang zu einer privatwirtschaftlichen Erwerbstätigkeit und deren freie Ausübung umfasst (Art. 27 Abs. 2 BV). Wie das als Sozialziel ausgestaltete «Recht auf Arbeit» hat auch die Berufsfreiheit und namentlich freie Berufswahl und die freie Wahl des Arbeitsplatzes eine menschenrechtliche Dimension, geht es doch bei der Arbeit neben der Existenzsicherung auch um die freie Entwicklung und Entfaltung der Persönlichkeit.²⁴ Die menschenrechtlichen Aspekte der Wirtschaftsfreiheit werden auch in der Bundesgerichtspraxis sichtbar.²⁵ Das Grundrecht der Wirtschaftsfreiheit ist in erster Linie ein Abwehrrecht gegenüber dem Staat²⁶; ein Anspruch auf staatliche Leistungen²⁷ lässt sich ebenso wenig ableiten wie eine direkte Drittwirkung. Wie noch zu erläutern sein wird, kommt der Berufsfreiheit indirekte Drittwirkung zu. Gesetzgeber und Gerichte sind basierend auf der grund- und menschenrechtlichen Schutzpflicht gehalten, im Arbeitsverhältnis die schwächere Vertragspartei vor «Selbstbeschneidung» der wirtschaftlichen Entfaltung durch das Eingehen vertraglicher Verpflichtungen zu schützen.

Auch die Arbeitgeberinteressen an der Abrede (und Durchsetzung) eines Konkurrenzverbotes stehen unter dem Schutz der verfassungsrechtlichen Wirtschaftsfreiheit. Diese schliesst die *Vertragsfreiheit* mit ein²⁸, welche die Abschluss-, Inhalts- und Beendigungsfreiheit beinhaltet. Jede *Einschränkung* der vertraglichen Freiheit, *Konkurrenzverbote* zu vereinbaren, hat somit eine verfassungsrechtliche Dimension. Ein

²² BGE 138 I 246, E. 3.3.4.

²³ Es ist in der Lehre unbestritten, dass sich sowohl Selbständigerwerbende als auch Arbeitnehmende auf Art. 27 BV berufen können, siehe JOHANNES REICH, Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit, Evolution und Dogmatik von Art. 94 Abs. 1 und 4 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999, Zürich/St. Gallen 2011, N 137 mit zahlreichen Hinweisen in Fn. 417.

²⁴ VALLENDER, St. Galler Kommentar zu Art. 27 BV, Rz. 13.

²⁵ BGE 116 Ia 237, E. 2d; BGE 122 I 130, E. 3c/bb.

²⁶ VALLENDER (Fn. 24), Rz. 6.

²⁷ BGE 130 I 26, E. 4.1.

²⁸ Zur Vertragsfreiheit als Bestandteil der Wirtschaftsfreiheit siehe VALLENDER (Fn. 24), Rz. 44 f. und BSK BV-UHLMANN, Art. 27 N 1 ff.

arbeitsrechtliches Konkurrenzverbot dient ferner dem verfassungsrechtlichen *Schutz des marktwirtschaftlichen Wettbewerbs*. Ein Unternehmen soll nicht leichthin durch Abwerbung von Mitarbeitenden Zugang zu Fabrikations- und Geschäftsgeheimnissen des Konkurrenten kommen. Konkurrenzverbote dienen also auch einem lauten und transparenten Markt.²⁹

B. Staatliche Pflichten zum Schutz des Grundrechts auf Berufsfreiheit der Arbeitnehmenden

1. Indirekte Drittwirkung und staatliche Schutzpflichten

Die Wirtschaftsfreiheit verpflichtet den Staat ganz allgemein, dem Individuum möglichst günstige Rahmenbedingungen für dessen wirtschaftliche Entfaltung bereitzustellen.³⁰ Teil dieser Pflichten bildet auch, die grundrechtliche Wirtschaftsfreiheit unter Privaten zu schützen. Die Geltung von Grundrechten im Privatrecht allgemein und im Arbeitsrecht im Besonderen ist kontrovers.³¹ Das liegt auf der Hand, denn sowohl Arbeitnehmende wie Arbeitgebende sind grundsätzlich Träger von Grundrechten. Eine direkte Drittwirkung der Grundrechte hätte zur Folge, dass private Arbeitgebende gegenüber den Arbeitnehmenden grundrechtsverpflichtet wären, womit aus Arbeitgeberperspektive erneut der abwehrrechtliche Charakter der Grundrechte relevant würde.³² Anerkannt ist indes die indirekte Drittwirkung, wie sie auch in der BV zum Ausdruck kommt.³³ Nach Art. 35 Abs. 1 BV müssen die Grundrechte in der ganzen Rechtsordnung zur Geltung kommen und nach Art. 35 Abs. 3 BV müssen die *Behörden* dafür sorgen, dass Grundrechte, soweit sie sich dafür eignen, auch unter Privaten wirksam werden. Auch die EMRK-Rechte entfalten gemäss Praxis des Strassburgergerichtshofes eine horizontale Wirkung. Die EMRK verpflichtet die Staaten, in privatrechtlichen Bereichen – auch im Bereich der

²⁹ BGE 130 III 353, E. 2.1.1.

³⁰ Die Lehre bezeichnet dies als konstitutiv-objektivrechtliche Bedeutungsschicht des Grundrechts auf Wirtschaftsfreiheit, siehe RENÉ RHINOW/MARKUS SCHEFER/PETER UEBERSAX, Schweizerisches Verfassungsrecht, 3. Aufl., Basel 2016, N 3178.

³¹ Siehe dazu KURT PÄRLI, Vertragsfreiheit, Gleichbehandlung und Diskriminierung im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis, Völker- und verfassungsrechtlicher Rahmen und Bedeutung des europäischen Gemeinschaftsrechts, Habil. Bern 2009, N 573 mit zahlreichen Hinweisen.

³² PÄRLI (Fn. 31), N 573.

³³ Siehe z.B. für die Frage der Drittwirkung des Streikrechts erstmals BGE 111 II 250, E. 4, bestätigt zuletzt in BGE 132 III 122, E. 4.4.

privatrechtlichen Arbeitsverhältnisse³⁴ – gesetzgeberisch aktiv zu werden, und deren Einhaltung und Umsetzung durch die Exekutive und Judikative zu überwachen.³⁵

Angesprochen sind sowohl der Gesetzgeber als auch die Gerichte, die je in ihrem Kompetenzbereich verpflichtet sind, die Grundrechte der Arbeitnehmenden zu schützen und dabei einen Ausgleich zwischen den Arbeitnehmer/inneninteressen und denjenigen der Arbeitgeber/innen vorzunehmen. Dabei gilt es die sozialen Realitäten zu berücksichtigen. Für die meisten Erwerbstätigen bildet das Arbeitseinkommen die einzige Einkommensquelle zur Bestreitung des Lebensunterhaltes. Die *formale* Vertragsfreiheit verpflichtet Arbeitnehmende nicht, ein Konkurrenzverbot zu akzeptieren. Die real bestehende ungleiche Machtposition führt indes dazu, dass Arbeitnehmende *faktisch* verpflichtet sind, die vom Arbeitgeber/von der Arbeitgeberin diktierten Konkurrenzverbotsbestimmungen zu akzeptieren.

Der Interessenausgleich zwischen Arbeitgeber/in und Arbeitnehmer/in im Bereich der Wirtschaftsfreiheit zeigt sich auf Gesetzesstufe im Sinne einer *indirekten Drittwirkung* zum einen in der Bestimmung über den Persönlichkeitsschutz in Art. 27 ZGB, die Private vor übermässiger vertraglicher Bindung schützt.³⁶ Bedeutung erlangte dies etwa in Fällen von Berufssportlern, deren Grundrecht auf wirtschaftliche Entfaltung durch restriktive Verbandsregeln übermässig beschränkt wurde. Unzulässig ist bspw. eine Abrede zwischen einem Fussballclub und einem Spieler, wonach dieser bei Verlassen des Clubs für zwei Jahre vom professionellen Spielbetrieb ausgeschlossen ist. Eine solche vertragliche Regelung verstösst u.a. gegen Art. 27 Abs. 2 ZGB und Art. 20 OR und ist nichtig.³⁷

2. Die (unvollständige) Umsetzung der Schutzpflichten im Bereich des Konkurrenzverbotes

Der Gesetzgeber trägt der existentiellen Bedeutung der Berufswahlfreiheit für die Arbeitnehmenden Rechnung. Die zwingend ausgestalteten Bestimmungen in Art. 340 bis 340c OR erlauben den Vertragsparteien nicht die vollständige Aufhe-

³⁴ KURT PÄRLI, Die unterschätzte Bedeutung der EMRK und der Rechtsprechung des EGMR für das Arbeitsrecht, AJP 2015, 1671 ff.

³⁵ KURT PÄRLI, Übersicht zu den Formen der Einwirkung des EU- und des internationalen Rechts, in: Pärli/Baumgartner/Demir/Junghanss/Licci/Uebe (Hrsg.), Arbeitsrecht im internationalen Kontext, Zürich/St. Gallen 2017, 435.

³⁶ BSK BV-UHLMANN (Fn. 28), N 15.

³⁷ BGE 102 II 201. Siehe auch BGE 138 III 322, E. 4.3.3: «Massnahmen solcher Sportverbände, welche die wirtschaftliche Entfaltung der natürlichen Personen schwerwiegend beeinträchtigen, die den Sport als Beruf betreiben, sind nur zulässig, wenn das Gewicht der Verbandsinteressen den Eingriff in die Persönlichkeit überwiegt.»

bung der wirtschaftlichen Entscheidungsfreiheit.³⁸ Unzulässig sind Abreden bereits dann, wenn sie eine *unbillige Erschwerung* des wirtschaftlichen Fortkommens nach sich ziehen (Art. 340a Abs. 1 OR). Eine übermässige Konventionalstrafe ist durch den Richter zu reduzieren (Art. 340a Abs. 2 OR). Auch Art. 340c OR stellt eine Schranke der Vertragsfreiheit zum Schutze des Arbeitnehmers/der Arbeitnehmerin dar, indem die arbeitgeberseitige Kündigung genauso wie die durch das Verhalten des Arbeitgebers/der Arbeitgeberin ausgelöste Arbeitnehmerkündigung zum Dahinfallen des Konkurrenzverbotes führt. Das Bundesgericht zeigt in BGE 130 III 353 diese Argumentation anschaulich dar. Im konkreten Fall entschied das Bundesgericht, dass die Schutzbestimmungen zum Konkurrenzverbot in Art. 340 bis 340c OR auch bei vertraglich verabredeten Abwerbeverboten zum Tragen kommen. Das Arbeitsvertragsrecht bezwecke auch den Schutz des Arbeitnehmers/der Arbeitnehmerin als schwächere Partei. Weil der Arbeitnehmer/die Arbeitnehmerin in der Regel auf das Erwerbseinkommen und damit auf eine Anstellung für seinen/ihren Lebensunterhalt angewiesen sei, wären alle Bindungen und Einschränkung der beruflichen Betätigungsfreiheit, die über das Arbeitsverhältnis hinausgehen, bedenklich. Entsprechend habe der Gesetzgeber solchen Vereinbarungen im Arbeitsvertragsrecht in aller Regel klare Schranken gesetzt, so auch hinsichtlich des Konkurrenzverbotes.³⁹

Trotz der Schutzmechanismen in Art. 340 bis 340c OR ist die Umsetzung der grund- und menschenrechtlichen staatlichen Schutzpflicht ungenügend. Ein Konkurrenzverbot schränkt die Berufsfreiheit und das Recht auf Arbeit der betroffenen Arbeitnehmer/innen massiv ein. Die Gerichte nutzen den gesetzgeberischen Spielraum, eine Konventionalstrafe zu reduzieren, zu wenig im Interesse der Arbeitnehmenden aus. Wie die in der Einleitung dieses Beitrages gezeigten Fallbespiele zeigen, erachtet das Bundesgericht auch Konventionalstrafen in erklecklicher Höhe als zulässig. Mit Blick auf die grund- und menschenrechtliche Pflicht zum Schutz der Arbeitnehmerinteressen wäre eine Beschränkung der Konventionalstrafe auf eine Höhe, die den Arbeitnehmer/die Arbeitnehmerin nicht in existenzielle Schwierigkeiten bringen würde, nicht nur zulässig, sondern geboten.

Hauptproblem der heutigen Regelung zum Konkurrenzverbot ist, dass ein Konkurrenzverbot auch entschädigungslos vereinbart werden kann, während gleichzeitig die Abrede über eine abschreckende Konventionalstrafe zulässig ist. Zwar erwähnt Art. 340a Abs. 2 OR eine allfällige Gegenleistung des Arbeitgebers/der Arbeitgeberin (die bei der Herabsetzung des Konkurrenzverbotes zu berücksichtigen ist). Als Rechtsgrundlage für eine zwingende Karenzentschädigung genügt aber Art. 340a Abs. 2 OR nicht. Aufgrund der heutigen Rechtslage und der Gerichtspraxis

³⁸ HEEB (Fn. 6), 181.

³⁹ BGE 130 III 353, E. 2.1.1.

hat ein vertraglich vereinbartes Konkurrenzverbot ausschliesslich Vorteile für den Arbeitgeber/die Arbeitgeberin.⁴⁰ Diese Rechtslage ist rechtspolitisch unbefriedigend und verstösst gegen die verfassungs- und menschenrechtliche Schutzpflicht. Reformbedarf ist also gegeben, der Gesetzgeber ist gefordert.

3. Exkurs: Konkurrenzverbot im öffentlichen Dienstrecht im Lichte der Wirtschaftsfreiheit

Es wurde aufgezeigt, dass im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis die Zulässigkeit und die Einschränkung des Konkurrenzverbotes verfassungsrechtliche Relevanz haben; sowohl Arbeitnehmende als auch Arbeitgebende können sich je auf die Wirtschaftsfreiheit berufen. Eine andere Ausgangslage finden wir dann vor, wenn ein öffentlich-rechtlicher Arbeitgeber/eine öffentlich-rechtliche Arbeitgeberin einem Arbeitnehmer/einer Arbeitnehmerin ein Konkurrenzverbot auferlegt. Öffentlich-rechtliche Arbeitgeber/innen sind unmittelbar an die Grundrechte gebunden und können sich ihrerseits grundsätzlich nicht auf die Vertragsfreiheit berufen.⁴¹ Öffentlich-rechtliche Arbeitgeber/innen sind vielmehr selbst an die Grundrechte gebunden, wie der nachfolgende Konkurrenzverbotsfall zeigt.

Das Zürcher Verwaltungsgericht musste sich mit einem Konkurrenzverbot auseinandersetzen, das zwischen einem leitenden Arzt und dem Universitätsspital Zürich (USZ) in einer Zusatzvereinbarung zur Anstellungsverfügung verankert war. Dieses Konkurrenzverbot sei in mehrfacher Hinsicht rechtswidrig, befand das Verwaltungsgericht.⁴² Für das USZ als öffentlich-rechtliche Anstalt müsste sich ein Konkurrenzverbot auf eine gesetzliche Grundlage und ein öffentliches Interesse stützen, sowie die Verhältnismässigkeit wahren (Art. 36 BV). Die Auferlegung eines Konkurrenzverbots ist indes im Zürcher Personalrecht nicht vorgesehen und lässt sich auch nicht aus der im Personalgesetz vorgesehenen Treuepflicht (§ 49 PG ZH), dem Amtsgeheimnis (§ 51 PG ZH) oder den Bestimmungen zur Nebenbeschäftigung (§ 53 PG ZH) ableiten.⁴³ Eine gesetzliche Grundlage im öffentlichen Personalrecht müsste jedoch im Lichte der vorangehenden Erkenntnisse so ausgestaltet sein, dass ein Konkurrenzverbot nur kombiniert mit einer Karenzentschädigung zulässig ist.

⁴⁰ So auch HEEB (Fn. 6), 182; RUDOLPH (Fn. 5), 88 ff.; BK-REHBINDER/StÖCKLI (Fn. 7), N 13.

⁴¹ VALLENDER (Fn. 24), Rz. 54 mit weiteren Hinweisen auf Kontroversen zur Frage der Grundrechtsträgerschaft von öffentlicher, aber privatwirtschaftlich tätiger Unternehmen.

⁴² Verwaltungsgericht Zürich, Urteil Nr. VB.2016.00044 vom 29. Juni 2016.

⁴³ Verwaltungsgericht Zürich, Urteil Nr. VB.2016.00044 vom 29. Juni 2016, E. 5.1.

IV. Abschaffung des Konkurrenzverbotes oder Einführung einer Entschädigungspflicht

A. Kritik in der Lehre

Bei der Ausarbeitung des heutigen Obligationenrechts hatte der Mitbegründer des Arbeitsrechts, PHILIPP LOTMAR, in seiner Schrift «Forderungen an den Gesetzgeber» pointiert die Problematik von Konkurrenzverboten hervorgehoben. Es sei, so LOTMAR, «eine Unbilligkeit, und zwar eine unerträgliche, wenn der Prinzipal vom ehemaligen Angestellten eine Leistung, hier die Nichtverwertung im Dienstverhältnis durch Arbeit erworbener Kenntnisse beansprucht, ohne seinerseits eine Gegenleistung zu machen». LOTMAR schlug vor, ein örtlich, zeitlich und gegenständlich beschränktes Konkurrenzverbot sei nur dann gültig, wenn eine Gegenleistung gewährt werde.⁴⁴ Auch in der jüngeren Lehre ist das Konkurrenzverbot höchst umstritten. Es tangiere in erheblicher Weise die wirtschaftliche Entfaltungsfreiheit des Arbeitnehmers, die ihm als Persönlichkeitsrecht garantiert sei, befanden beispielsweise VISCHER/MÜLLER. Es sei ohnehin fraglich, ob in einer Rechtsordnung, die auf eine freie Entfaltung der Persönlichkeit ausgerichtet ist, ein Konkurrenzverbot überhaupt zulässig sein dürfe.⁴⁵ Kritisch äussert sich weiter RUDOLPH. Es sei bedauerlich, dass der Gesetzgeber bis anhin keine erkennbaren Anstalten treffe, aktiv zu werden. Angesichts des sonstigen Strebens nach freiem und globalem Wettbewerb und nach Beseitigung von Handelshemmnissen aller Art und Zerschlagung kartellistischer oder marktbeherrschender Strukturen sei es nur schwer nachzuvollziehen, weshalb diese Entwicklung zu mehr Wettbewerb ausgerechnet im Bereich des Arbeitsrechts, wo es immerhin um die wirtschaftliche Existenzgrundlage der ganz überwiegenden Bevölkerungsmehrheit gehe, keine Spuren hinterlasse.⁴⁶ In seiner Dissertation zum arbeitsrechtlichen Konkurrenzverbot bezeichnet HEEB die geltende Regelung ebenfalls als einseitig die Interessen der Arbeitgeberin schützend.⁴⁷

Zu ergänzen sind diese kritischen Stimmen in der Lehre noch mit einem weiteren Aspekt. Das arbeitsrechtliche Konkurrenzverbot in seiner heutigen Ausgestaltung führt dazu, dass eine Person, die arbeitslos geworden ist und weiterhin mit einem Konkurrenzverbot belastet wird, eine Stelle, mit der das Konkurrenzverbot verletzt würde, nicht anzunehmen braucht. Eine solche Stelle wäre im Sinne von

⁴⁴ PHILIPP LOTMAR, Schweizerisches Arbeitsvertragsrecht, Forderungen an den Gesetzgeber, Schriften zum schweizerischen Arbeitsrecht, H. 34, Bern 1991, 80.

⁴⁵ FRANK VISCHER/ROLAND M. MÜLLER, Der Arbeitsvertrag, 4. Aufl., Basel 2014, 261.

⁴⁶ RUDOLPH (Fn. 5), 98 f.

⁴⁷ HEEB (Fn. 6), 181 f.

Art. 16 AVIG⁴⁸ nicht zumutbar.⁴⁹ Diese Rechtslage hat zur Folge, dass ein privatwirtschaftliches Interesse des Arbeitgebers/der Arbeitgeberin im Ergebnis möglicherweise zu einer Belastung für die Arbeitslosenversicherung und dadurch für die Allgemeinheit wird.

B. Forderung nach Abschaffung des Konkurrenzverbotes

Im Jahre 2002 reichte Nationalrat Claude Janiak eine parlamentarische Initiative mit der Forderung nach Abschaffung des Konkurrenzverbotes ein.⁵⁰ Ein solches stehe einem freiheitlichen Arbeitsmarkt diametral entgegen. Janiak erinnerte daran, dass Arbeitnehmende auch ohne Vereinbarung eines Konkurrenzverbots über die Dauer des Arbeitsverhältnisses hinaus an die Geheimhaltungspflicht gemäss Artikel 321a Absatz 4 OR gebunden sind. Mit dieser Bestimmung könnte die Gerichtspraxis krasse Fälle nachvertraglichen konkurrenzierenden Verhaltens auffangen. In der vorberatenden Kommission⁵¹ überwog die Ansicht, die geltende Regelung sei ausgewogen, die Kommissionsminderheit hingegen befand, die Philosophie des Konkurrenzverbotes solle im Gesetz keinen Platz mehr haben, die Art. 340 ff. OR seien deshalb zu streichen. Um zu verhindern, dass die Vertragsfreiheit jegliche Konkurrenzverbotsvereinbarungen zulasse, müsse die Regelung durch eine Bestimmung ersetzt werden, die das Konkurrenzverbot ausdrücklich untersage. In der parlamentarischen Debatte setzte sich die Position der Kommissionsmehrheit durch. Vergeblich forderten Vertreter der Linken die Parlamentarier/innen auf, diesen «alten Zopf» abzuschneiden.⁵² Seitens der Gegner der Initiative Janiak wurde argumentiert, auch ein liberaler Markt brauche Regeln, die Schutz vor illoyalem Verhalten bieten würden.⁵³

⁴⁸ Bundesgesetz über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzschiädigung vom 25. Juni 1982 (Arbeitslosenversicherungsgesetz, AVIG), SR 837.0.

⁴⁹ Entscheid des Appellationsgerichts Basel-Stadt vom 2. September 1993 in einem zivilrechtlichen Streit um die Gültigkeit eines Konkurrenzverbotes. Das Arbeitslosenrecht habe keinen Vorrang vor dem Zivilrecht, die privatrechtliche Verpflichtung werde dadurch nicht aufgehoben (siehe Basler Juristische Mitteilungen 1996, S. 17 f.).

⁵⁰ Parlamentarische Initiative 02.409 von Claude Janiak vom 14. März 2002, <https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaeft?AffairId=20020409>, abgerufen am 30. März 2017.

⁵¹ Bericht der Kommission für Rechtsfragen des Nationalrates vom 19. November 2002 zum Geschäft Nr. 02.409 Streichung des Konkurrenzverbots, https://www.parlament.ch/centers/kb/Documents/2002/Kommissionsbericht_RK-N_02.409_2002-11-19.pdf, abgerufen am 30. März 2017.

⁵² Siehe Kommentar Leutenegger Oberholzer Susanne zur Parlamentarischen Initiative 02.409 von Claude Janiak vom 14. März 2002, <https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaeft?AffairId=20020409>, abgerufen am 30. März 2017.

⁵³ Siehe Kommentar Vallender Dorle zur Parlamentarischen Initiative 02.409 von Claude Janiak vom 14. März 2002, <https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaeft?AffairId=20020409>, abgerufen am 30. März 2017.

Wie HEEB in seiner umfassenden Untersuchung zum Konkurrenzverbot richtig herausarbeitet, wäre die Abschaffung der heutigen Regelungen zum Konkurrenzverbot mit beachtlicher Rechtsunsicherheit verbunden und würde im Ergebnis nicht zu einer wirksamen Verbesserung des Arbeitnehmerschutzes führen.⁵⁴ Mit dem Wegfall von Art. 340 ff. OR würden auch die Schranken der heutigen «Konkurrenzverbotskodifikation» dahin fallen.⁵⁵ Diese Einschätzung ändert aber nichts an der Feststellung, dass die heutigen Regelungen reformbedürftig sind.

C. Vorschläge aus der Doktrin für eine zwingende Karenzenschädigung

Für REHBINDER/STÖCKLI würde sich eine zwingende Karenzenschädigung auch auf dem Wege der verfassungskonformen Auslegung von Art. 340a OR ableiten lassen, denn ein entschädigungsloses Konkurrenzverbot stellt eine «unbillige Erschwerung des wirtschaftlichen Fortkommens» dar. Eine gesetzgeberische Lösung wäre aber auch nach Ansicht dieser Autoren vorzuziehen.⁵⁶ Auch RUDOLPH kommt in seinen kritischen Ausführungen zum Konkurrenzverbot zum Schluss, eine obligatorische finanzielle Gegenleistung des Arbeitgebers sei notwendig. Im Gegenzug sollten aber Konkurrenzverbote auch rasch und wirksam durchgesetzt werden können. Konkret schlägt der Autor die Einführung einer zusätzlichen Bestimmung vor, die beim Vertragsende den Arbeitgeber/die Arbeitgeberin zur Mitteilung verpflichtet, ob er/sie am Konkurrenzverbot festhalten will oder nicht. Falls der Arbeitgeber/die Arbeitgeberin daran festhalte, wäre zwingend eine monatliche Karenzenschädigung von zum Beispiel der Hälfte des zuletzt bezahlten Monatslohns zu leisten. Dem Arbeitgeber/der Arbeitgeberin wäre überdies das Recht einzuräumen, unter Einhaltung einer Ankündigungsfrist auf Einhaltung des Konkurrenzverbots zu verzichten, womit dann auch die Karenzenschädigung entfielen.⁵⁷ Auch HEEB kommt nach eingehender Analyse der schweizerischen Rechtslage und Auseinandersetzung mit einigen ausländischen Rechtsordnungen zum überzeugenden Schluss, dass eine obligatorische Karenzenschädigung einzuführen ist. Er schlägt eine Entschädigung in der Höhe eines halben Jahresgehaltes vor. Das Konkurrenzverbot soll zudem längstens für zwei Jahre vereinbart werden dürfen.

Die Vorschläge zur Einführung einer zwingenden Karenzenschädigung sind mit Blick auf die heutigen Realitäten im Arbeitsmarkt – von Arbeitnehmenden wird Fle-

⁵⁴ HEEB (Fn. 6), 184–196.

⁵⁵ HEEB (Fn. 6), 196.

⁵⁶ BK-REHBINDER/STÖCKLI (Fn. 7), N 13.

⁵⁷ RUDOLPH (Fn. 5), 98 f.

xibilität, unternehmerisches Denken und stetige Weiterentwicklung verlangt – und vor dem Hintergrund der verfassungsrechtlich gebotenen staatlichen Pflicht, die schwächere Vertragspartei wirksam zu schützen, sehr zu begrüßen. Eine Ergänzung der vier Bestimmungen zum Konkurrenzverbot in Art. 340–340c OR ist überfällig. Die Politik ist aufgerufen, sich dieser Pendenz anzunehmen und die Verwaltung ist gefordert, eine entsprechende Norm auszuarbeiten und diese stimmig in die heutige Konzeption einzupassen.

